PROTECTION DE LA PERSONNE ET STRUCTURE SOCIALE (EUROPE ET AFRIQUE)

Michel ALLIOT

(paru dans *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 4, 1981, pp. 103-131)

La question de la protection des droits de la personne correspond à un problème fondamental de la vie en société auquel aucune n'échappe: celui de la confiance dans l'avenir. Mais en la formulant ainsi, en se référant à des « droits de la personne », on la lie à un modèle sociétal que l'Occident prône depuis deux ou trois siècles.

Ce modèle repose sur une image de la société où des individus tous semblables et isolés dans une uniformité générale ont besoin à la fois d'un pouvoir fort et donc unique pour les protéger les uns des autres et d'un droit pour les protéger de ce pouvoir. Ce droit serait une conquête des citoyens et ses progrès, notamment les Déclarations de droits de 1776¹, 1789², 1848³ et toutes celles qui ont suivi la fin de la dernière guerre mondiale⁴ marqueraient l'avancement de la liberté, de la rationalité politique et de la société dans son ensemble.

¹ Préambules de la Déclaration d'indépendance des États-Unis du 4 juillet 1776 et de la plupart des Constitutions des treize anciennes colonies, la plus célèbre étant celle de l'État de Virginie du 12 juin 1776.

² Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 27 août 1789 et dispositions de la Constitution du 3 septembre 1791, suivies de peu par celles des Constitutions françaises du 24 juin 1793 et du 5 Fructidor An III.

³ Préambule et premiers articles de la Constitution française du 4 novembre 1849.

⁴ Préambules des Constitutions françaises du 27 oct. 1946 et du 4 oct. 1958 (ce dernier est d'autant plus important que la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 a consacré sa pleine valeur

Mais que vaut cette image ? N'est-elle pas à la base de grandes illusions ? Que vaut-elle pour des sociétés qui n'ont pas connu l'absolutisme européen, le face-à-face des individus et du pouvoir, l'unité du pouvoir, la nécessité du droit pour en prévenir les excès, l'Europe médiévale, l'Afrique noire ou de nombreuses sociétés islamiques par exemple ? La personne n'y était pas sans protection, elle était autrement protégée, par la structure même de ces sociétés.

Dans l'Europe médiévale ou en Afrique, l'individu n'est jamais isolé: il appartient à un lignage, à une famille, il est membre d'un village, d'une corporation, d'une caste, d'une clientèle. Au sein de son lignage, au sein de son village, il se sent dans un espace de liberté la solidarité de tous y garantit la sûreté de chacun⁵.

Et que vaut l'image pour les sociétés dominées par cette forme d'État qui est née de la pensée absolutiste européenne ? Dans les sociétés européennes tout d'abord : est-il sûr que la personne y est protégée par des déclarations de droits et les mécanismes juridiques de protection correspondants ? Cela ne ferait-il pas partie de la mythologie que l'Occident a somptueusement développée à propos de l'État et du droit ? La vraie protection de la personne ne résulte-t-elle pas toujours de la structure sociale sans que les Occidentaux en aient conscience, fascinés qu'ils sont par leur mythologie ?

constitutionnelle et puisqu'il s'y réfère, celle de la Déclaration de 1789 et du préambule de 1946) -, Constitution italienne du 27 déc. 1947 ; loi fondamentale de la RFA du 23 mai 1949 ; préambule et dispositions des Constitutions des anciennes colonies devenues États et surtout Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 déc. 1946.

⁵ Voir le rapport de J.-F. Poudret, « L'individu face au pouvoir dans quelques pays d'Europe occidentale du XIIIe au XVIIe siècle », au Congrès de la Société Jean Bodin à Delphes en 1981 (à paraître).

Que vaut enfin l'image pour les sociétés africaines ? En adoptant les structures de l'État, ont-elles emprunté la mythologie ? N'opposent-elles pas à cette mythologie européenne un réalisme qui les détourne souvent de faire confiance à l'État pour protéger les droits de la personne ?

LES SOCIÉTÉS TRADITIONNELLES

Encore faut-il que ces groupes soient assurés de leur avenir. Il y a de bonnes et de mauvaises sociétés. Les bons systèmes sociaux sont ceux qui garantissent l'avenir des groupes qui les constituent, mais cette garantie n'est pas attendue d'un pouvoir ou de la parole d'un pouvoir. La sûreté des groupes sociaux découle de la structure de la société, de celle des pouvoirs et de l'indépendance de leurs droits.

Les bonnes sociétés ne sont pas constituées de groupes semblables, car alors aucun n'est indispensable aux autres. Elles s'organisent à partir de groupes différents ayant chacun besoin des autres : si les paysans ne peuvent travailler le fer et si les forgerons ne cultivent pas,,alors chaque groupe étant nécessaire à l'autre est sûr de son avenir. La sûreté est mieux garantie par la structure de la société que par un pouvoir⁶.

D'ailleurs les bonnes sociétés ne sont pas soumises à un pouvoir mais à des pouvoirs, des pouvoirs de nature différents. Il faut qu'il y ait des pouvoirs distincts : un pouvoir sur les hommes, un pouvoir sur les terres, un pouvoir sur les eaux, un pouvoir militaire, un pouvoir

⁶ Le modèle complémentariste et solidariste des sociétés de l'Afrique de l'Ouest a été bien dégagé par M. Balla Traoré, *Société initiatique et régulation sociale chez les Malinké et Bambara du Mali, essai d'interprétation sociologique d'un « système juridique »*, thèse de 3^e cycle (sociologie juridique), en cours d'édition sur microfiches par l'Institut d'ethnologie, Paris, Muséum national d'histoire naturelle.

sur l'invisible, etc., car chaque pouvoir dépend alors de tous les autres : que pouvait dans l'Europe médiévale le seigneur combattu par l'Église ? Et que peut en Afrique noire le détenteur du pouvoir politique sans l'assentiment du maître des terres ou de celui de l'invisible ? Et imagine-t-on qu'au Maghreb ou au Mashreq les lignages de pouvoir et les lignages saints qui exerçaient leur autorité les premiers à partir d'une ville, les seconds à partir du désert, aient pu se rendre indépendants les uns des autres⁷ ? Quand ainsi chaque pouvoir est indispensable aux autres, aucun ne peut dominer les autres au point de les éliminer : si un pouvoir voulait devenir despotique, immédiatement les autres l'arrêteraient.

D'ailleurs dans les bonnes sociétés, le droit n'appartient à aucun pouvoir. Chaque groupe a ses coutumes, ses privilèges (au sens étymologique du mot) qui ne doivent rien aux pouvoirs. Si des règles générales purent, en pays d'Islam être déduites de la révélation coranique et de la tradition du Prophète, ce ne fut pas au pouvoir khalifat, mais aux docteurs, c'est-à-dire d'une certaine façon à la communauté scientifique, de les énoncer. Et les accords entre seigneurs et communautés médiévales en Europe, étaient scellés par des serments qui les faisaient échapper aux hommes. Coutumes, sharia, chartes sont donc étrangères aux pouvoirs.

Elles leur sont souvent opposées et leur force est d'autant plus grande que, distinctes mais non indépendantes, des croyances religieuses, technologiques ou scientifiques, etc., elles peuvent difficilement être modifiées. Et l'on comprend l'attachement des populations à leurs coutumes quand un État naissant essaie de les abolir : même irrationnelles, même incompréhensibles, elles sont l'affirmation d'une identité, le signe d'une liberté.

⁷ M. H. Chérif, « Hommes de religion et pouvoir dans la Tunisie de l'époque moderne », *Annales*, 35, 1980, pp. 580-597 ; A. Mammoudi, « Sainteté, pouvoir et société : une zaouia marocaine, Tamgrout aux XVIIe et XVIIIe siècles », *op. cit.*, pp. 615-641, E Colonna, « Saints furieux et saints studieux, ou, dans l'Aurès, comment la religion vient aux tribus », *op. cit.*, pp. 642-662.

Les bonnes sociétés sont ainsi celles où le droit indépendant des pouvoirs, la structure plurale de ces pouvoirs et la structure complémentariste de la société, garantissent la sûreté des groupes et où ceux-ci assurent la liberté de leurs membres.

Les mauvaises sociétés sont celles où il n'y a qu'un seul pouvoir et où, aucun groupe n'étant indispensable aux autres, tous laissent détruire leurs privilèges et se laissent détruire par ce pouvoir.

LES ÉTATS ET LA MYTHOLOGIE EUROPEENNE

Tout a changé en Europe avec l'avènement de pouvoirs de plus en plus absolus. Rien n'est plus redoutable que l'absolutisme pour l'avenir des individus. Mais pour le rendre moins redoutable l'Europe s'est alors dotée d'une luxuriante mythologie faisant apparaître la loi de l'État comme protectrice des individus contre l'État. Si l'on suit cette mythologie, doctrine officielle des États européens et fondement de l'enseignement universitaire, la personne n'est plus protégée par son intégration dans divers corps sociaux dont les privilèges sont garantis par la structure de la société, des pouvoirs et du droit, elle est protégée par la loi.

Un premier ensemble mythique présente cette loi non comme la volonté des groupes qui dominant ou utilisent l'État, mais comme la volonté générale de la Nation et par conséquent comme protectrice de chacun de ses membres. Un second ensemble mythique décrit comme plus particulièrement protectrices les lois qui déclarent les droits de la personne et définissent les mécanismes juridiques qui en garantissent l'exercice. Mythe et mythologie doivent ici être

pris au sens propre, celui que les Occidentaux réservent généralement à l'antiquité méditerranéenne ou aux autres peuples.

La présentation de la loi comme volonté générale de la Nation est une véritable théogonie juridique. Les générations défilent, agissent et parlent. Il y a d'abord la Nation, éternellement jeune⁸, l'État⁹ qui par un heureux mariage lui apporta à l'époque moderne sa protection, et leurs trois enfants dont la séparation et les rapports passionnent les juristes, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif qui n'est que le cadet mais le plus grand et le plus fort, et le dernier au sexe quelque peu indécis, le pouvoir ou l'autorité judiciaire, qui n'arrive pas à égaler les deux autres. Tous sont au service du couple parental et leur révérence est partagée par la troisième génération : qui doute que la loi, fille du pouvoir législatif, la réglementation, fille du pouvoir exécutif et les petits princes qui portent le titre de principes généraux du droit, progéniture récente mais innombrable du pouvoir judiciaire¹⁰, ne font entendre que la volonté générale, celle de la nation qu'ils expriment au nom de l'État (puisque ce sont les hommes qui ont la parole). Pour les juristes, ces personnages sont bien réels. Ils ne cessent de rapporter leurs propos : « la loi dit [...] », « le décret exige [...] ». Et comme ils sont un peu magiciens, les juristes arrivent même, à partir de ces paroles, à fabriquer une quatrième génération de personnages nouveaux dont les plus célèbres s'appellent intérêt général et service public, tous voués à la défense des individus contre l'absolutisme.

⁸ On connaît la date exacte et le lieu de sa naissance : 27 juillet 1214 à Bouvines. Mais ce n'est qu'au XIXe siècle, à la suite d'une sorte de jugement supplétif du tribunal de l'histoire officielle, que ces indications auxquelles on avait jusqu'alors prêté peu d'importance furent transcrites dans les manuels des écoliers français.

⁹ Né à Paris, peu après la Nation, à une date encore non établie avec précision, mais vraisemblablement aux alentours de 1254, année du retour de croisade du roi Saint-Louis et de la première organisation permanente de la bureaucratie royale. Voir G. Sivéry, « La rémunération des agents du roi de France au XIIIe siècle », *Revue historique de Droit français et étranger*, 1980, pp. 587-607.

¹⁰ Aussi bien l'autorité judiciaire au sens de la Constitution française que le Conseil d'État et les autres tribunaux de l'ordre administratif.

Le second ensemble mythique évoque en cinq chants les héros d'un tragique combat qui aurait opposé la faiblesse à la puissance : l'individu au pouvoir. Le premier chant montre, dans l'état de nature, l'individu tremblant d'être isolé et exposé à tous les mauvais desseins de ses semblables. Dans le second chant, il les persuade de passer tous ensemble un contrat fondant la société qui interdira à chacun de nuire aux autres et instituera l'État pour y veiller. Au cours du troisième chant, les citoyens louent l'État qui les protège les uns contre les autres. Hélas ! au quatrième, le plus tragique, l'État pour le plaisir de ses représentants persécute les citoyens : il faut se protéger de lui, mais des siècles noirs s'écoulent et l'individu ne trouve pas de protecteur contre le protecteur. Ce n'est qu'au cinquième chant que, faible mais tellement plus intelligent que le monstrueux État, il découvre une technique magique : l'État peut-être enchaîné par sa propre parole. Un individu lui fait alors déclarer ses libertés et droits fondamentaux. Périodiquement, il oblige le monstre à compléter sa liste de libertés et de droits, ce qui permet aux juristes de chanter à la fois l'individu pour son habilité, l'État pour sa générosité et ses déclarations pour leur efficacité.

Ces deux ensembles mythologiques ont à l'évidence pour effet de rassurer ceux qui en écoutaient le récit au moment où disparaissait le système traditionnel de protection des individus. Est-ce à dire que la protection que leur offre l'État est illusoire et que les individus n'ont plus aucune protection ? Non. Mais la garantie des droits de la personne n'est pas à chercher du côté des droits déclarés et des mécanismes prévus pour les protéger.

N'oublions pas que ces déclarations sont ambiguës. C'est aussi un mythe que de considérer la loi comme une conquête de l'individu sur l'État. Elle est bien plus une affirmation du pouvoir de l'État contre les individus. En déclarant la liberté de réunion, l'État a reconnu un droit de la personne, mais en précisant les conditions de cette liberté, il a tout déclaré dans quels cas il serait maître d'autoriser ou d'interdire les réunions. Toutes les libertés ont un double sens.

Elles indiquent que l'État tolère certaines actions des individus, celles qu'il ne juge pas dangereuse pour l'ordre politique, mais on peut dire qu'elles définissent les autres domaines, ceux dans lesquels la contestation de l'autorité de l'État ne sera pas admise. Quant à nos droits économiques et sociaux, nous y mettons ce que nous espérons, mais l'État y met ce qu'il veut en disant qu'il fait ce qu'il peut.

En fait, c'est encore du côté de la structure sociale et de l'indépendance des droits qu'il faut rechercher la véritable protection des droits de la personne. Ni les structures féodales et tribales de nos sociétés, ni l'indépendance de nos droits, n'ont pas disparu avec l'avènement des grands États modernes. Elles ont seulement été refoulées dans le monde invisible des réalités dont on ne parle pas. L'État a réussi à donner honte aux Occidentaux de cet aspect féodal et tribal d'eux-mêmes en les persuadant qu'il était un défaut dans la grande construction prométhéenne de la société démocratique à laquelle ils sont appelés.

Mais cette réalité toujours tue n'en est pas moins une réalité. Si les juristes refusent de la voir, les sociologues la dénoncent. Aujourd'hui comme au Moyen Âge, l'individu n'est jamais isolé. Nous appartenons à des familles, à des groupes de familles, à des ethnies (flamande, basque, bretonne, corse ou autre), à des sociétés initiatiques que nous appelons universités ou grandes écoles, à des clientèles politiques qui se mobilisent périodiquement pour des combats de chefs, à des firmes économiques ou à des corps de fonctionnaires et nous luttons pour les privilèges et les progrès de ces communautés parce que nous savons que la solidarité de groupe est notre vraie liberté. Ce que nous appelons la procédure est un moyen d'obtenir la protection de la grande famille des juristes. Ceux d'entre nous qui ont la malchance d'appartenir à un groupe exploité par d'autres et qui ne bénéficient pas de la protection d'un groupe supérieur constituent immédiatement un groupe de lutte que nous appelons un syndicat : ils savent bien qu'individuellement, ils n'obtiendraient rien de l'État.

Quoi que nous disions et écrivions depuis que le pouvoir chez nous est centralisé et que le droit relève officiellement de ce pouvoir d'État, nous sommes restés en fait très médiévaux. Ce n'est ni par la rationalité ni par des déclarations que nous assurons notre avenir. Il nous faut appartenir à un groupe et que les autres sachent que ce groupe leur est indispensable. Nos sociétés sont demeurées des sociétés de différence et de complémentarité quoique nous nous arrangions maintenant pour le cacher.

D'ailleurs la réalité quotidienne de notre État lui-même ressemble tout à fait à une rivalité de pouvoirs multiples. Le pouvoir politique, même s'il cherche à éliminer les autres, doit compter avec d'autres pouvoirs qui lui sont extérieurs : des pouvoirs économiques, des pouvoirs technologiques, des pouvoirs syndicaux, des pouvoirs religieux, des pouvoirs culturels, y compris ceux des médias, et d'autres pouvoirs politiques, étrangers ou internationaux. Et au sein même de cet État, le pouvoir politique doit composer avec ses propres serviteurs : la fidélité des militaires à leur idéal, le féodalisme des fonctionnaires, notamment en France dans les tribus issues des grandes écoles, l'inertie ou l'activisme de leurs comportements, pèsent souvent plus lourd que les volontés du parlement et du gouvernement. Cette multiplicité des pouvoirs est notre garantie : si l'un d'eux l'emportait sur tous les autres, nous tomberions dans le despotisme.

Faut-il ajouter que le droit n'est pas, comme dans la théorie, la propriété de l'État ? En France, dans le domaine si important du droit public, le Conseil d'État n'hésite pas à définir des principes généraux du droit qui imposent ses vues au législateur, allant jusqu'à déclarer qu'il lit mieux dans la pensée du Parlement que les parlements eux-mêmes.

C'est donc la structure de notre société et l'indépendance de notre droit qui garantissent la sûreté des groupes et par conséquent notre liberté à tous. Ce sont eux qui limitent la puissance et l'arbitraire de l'État, sans qu'il y ait irréductible opposition, car entre Il État qui déclare les droits fondamentaux et notre société féodale et tribale qui les garantit, foisonne toute notre mythologie juridique qui fait admettre le premier et oublier la seconde.

Ce rôle important de la mythologie juridique, on l'apprécie mieux en considérant l'Afrique. Beaucoup moins portée que l'Europe à mythifier la vie politique, elle a en grande partie adopté les structures de l'État européen sans emprunter la construction mythique dont nous l'accompagnons : que deviennent alors les droits de la personne ?

LES ÉTATS ET LE RÉALISME AFRICAIN

Quoique l'Afrique nous donne une leçon de réalisme, bien des traits rapprochent la situation africaine de la situation européenne. D'abord, l'opposition entre un État et le bon sens traditionnel : un État qui se dit unique, se veut tout-puissant, qui affirme être sa propre borne et qu'il assurera aux individus la garantie de leur avenir ; le bon sens qui fait plus confiance à soi-même, à son action, à la structure sociale, à la multiplicité et à l'interdépendance des pouvoirs, au droit indépendant de l'État - les coutumes - qu'à l'État d'origine occidentale pour garantir cet avenir. Ensuite, un investissement de l'État par les groupes les plus opposés. S'emparer de l'État est devenu l'objectif de nombreux groupes : les ambitions ethniques ou tribales, les visées religieuses, les alliances, les guerres offensives et défensives s'y déploient à découvert, on prend position sur les institutions nouvelles en s'appuyant sur la plus traditionnelle sacralité, sur l'Islam et sur le Christianisme : l'État devient alors un enjeu, comme en Europe.

Mais, première différence, si le tribalisme ancien y est beaucoup plus puissant, le tribalisme nouveau, celui des fonctionnaires, des grandes écoles, I.H.E.O.M., I.I.A.P., Écoles nationales d'administration, etc., est beaucoup moins structuré et les groupes qui investissent ainsi l'État ont peut-être beaucoup moins besoin les uns des autres que ceux qui le font en Europe, ce qui signifie un plus grand risque d'arbitraire.

Seconde et capitale différence : ces jeux ne sont dissimulés par aucune mythologie. Le réalisme africain considère la vie politique telle qu'elle est, sans entourer l'État de qualités fictives, sans se dissimuler la réalité quotidienne. Dès lors, on a plus tendance à chercher appui contre l'arbitraire de l'État sur cette réalité que dans un développement des déclarations de droit et des mécanismes d'application. Le village apparaît souvent comme un véritable espace de liberté. Beaucoup plus fréquemment qu'on ne le dit en Europe, on crée de nouveaux espaces de liberté de type traditionnel. Des milliers de prophètes se sont levés contre l'État, sans avoir cherché à le renverser, mais en le considérant, à la façon des prophètes de la Bible, comme châtiment divin et donc comme mal nécessaire¹¹. Chacun d'eux a fondé son église dont les fidèles vivent hors de l'État, déchirant cartes d'identité et d'électeurs, refusant tout à la fois les administrateurs, les impôts, les routes, les dispensaires et les écoles de l'État, traçant leurs propres chemins, édifiant leur hôpital de médecine traditionnelle et leur école elle aussi traditionnelle. Ce mouvement n'est pas sans rappeler le marronnage des esclaves antillais évadés. De vastes zones et des centaines de milliers d'hommes échappent ainsi à l'État, les églises les plus connues étant en Côte d'Ivoire, au Congo et au Zaïre où le dernier décret

¹¹ Par exemple Amos. Voir A. Néher, *Amos, contribution à l'étude du prophétisme*, Paris, Vrin, 1950, XV, 299 p., 2e éd. 1980, 328 p.

interdisant celles de ces sectes que le gouvernement tient pour illégales en énumérait cinquante cents¹².

Ainsi se présente très claire la contre-épreuve. Des sociétés africaines, trop réalistes pour admettre les mythologies européennes, nous donnent une grande leçon. Elles ne font pas confiance au droit de l'État pour garantir les individus et les groupes contre l'État : elles tiennent pour illusoire l'image occidentale du droit de l'État conquis sur l'État par les individus auquel il assurerait les garanties fondamentales. Elles comptent bien plus sur les solidarités de groupe, la structure sociale, la diversité et l'interdépendance des pouvoirs, le droit non étatique.

On mesure alors l'importance de la mythologie dans la protection des droits de la personne. L'accepter, c'est se donner l'illusion que des déclarations de droits fondamentaux par l'État, assorties de mécanismes satisfaisants, permettent de garantir la personne et ses droits. Cette illusion n'est pas à dédaigner. Elle a certainement évité bien des révoltes et bien des sécessions. Et la croyance que les droits sont acquis par les individus sur l'État s'est révélée un instrument utile de combat et d'espoir dans les conflits entre les maîtres et les sujets : elle a invité et invite à formuler des exigences liées à ce que nos sociétés considèrent comme indispensable à l'existence et à combattre pour les imposer. N'apportant par elles-mêmes que peu de garanties aux individus, les déclarations de droits ont en tout cas indiqué le sens qu'ils donnent à la vie.

Ignorer ou refuser la mythologie qui fonde ces déclarations, c'est au contraire exacerber les tensions entre les individus, les groupes et l'État. C'est aussi faire apparaître, selon une

¹² « Sacralité, pouvoir et Droit en Afrique », actes du colloque organisé par le Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, janv. 1980, à paraître.

distinction chère aux juristes musulmans, que les droits de la personne, même déclarés par l'État, ne sont pas garantis par lui, mais par la structure sociale, la multiplicité des pouvoirs et l'indépendance du droit. Du même coup, c'est rappeler à tous les juristes, qui se contenteraient facilement de faire confiance au droit, qu'il faut aussi à chaque instant organiser et réorganiser nos sociétés de telle sorte qu'aucune de leurs composantes ne l'emporte au point d'écraser les autres. Le droit n'a point de force par lui-même. Il a besoin des hommes.